**תורת המשפט והפילוסופיה של המשפט**

תורת המשפט הוא תחום המחשבה וההגות העוסק במשפט ושואל שאלות על המשפט. אנו נוהגים לאמר שהפילוסופיה של המשפט עוסקת ב- 3 שאלות:

1. **שאלות על המשפט** – מתרחקים מהמשפט ומסתכלים עליו כתופעה אחת ומנסים להגדיר את המשפט. מנסים להבין מה מבחין ומבדיל מתופעות אחרות כמו דת ומוסר.
2. **שאלות בתוך המשפט** – שאלות על המשפט "מבפנים"- שאלות jurisprudence. מושגים כגון פעולה משפטית, זכות משפטית, הגדרת הנורמות השונות, חקיקה, תקדים, מינהל, צורת המשפט והתוכן שלו, השפה המשפטית, פרשנות משפטית.
3. **מקומו של המשפט בחברה או בקהילה הפוליטית**- שאלות אלה אינן משפטיות אלא הן ממדעי המדינה והחברה – שאלות שעוסקות במשפט. שאלות שעוסקות במקומו של המשפט בחברה. חובת הציות לחוק, לדוגמא, נכנסת בתוך שאלות אלה.

**שאלות על המשפט** –

המטרה של השאלה הזו היא להגדיר את המשפט – להגדיר אותו ולתחום אותו – מה נמצא בתוך המשפט ומה מחוצה לו. כשאנו רוצים להגדיר את המשפט יש לזה משמעות מעשית גדולה מאוד, שכן אם המשפט הוא מערכת מרכזית שמכוונת את ההתנהגות שלנו – אנחנו צריכים לדעת מה משפט ומה לא משפט. ולכן לשאלה מה נחשב למשפט ומה לא ישנה גם משמעות פרקטית. אם מסתכלים על המשפט ומנסים להגדירו, למשפט יש כמה מאפיינים:

1. *הנורמטיביות של המשפט* – המשפט הוא נורמטיבי – הוא מערכת של נורמות המרכיבות אותו והכללים המשפטיים הם נורמות. נורמה –כלל שמונחה ע"י ערך או ע"י מטרה. ישנם ערכים או מטרות מסויימות ומערכת נורמטיבית אומרת כיצד להתנהג (בהתאם לערכים או למטרות הללו). המשפט אינה המערכת הנורמטיבית היחידה – אלא יש גם את הדת, המוסר והנימוס הן מערכות נורמטיביות. גם מתכון לעוגה, לדוגמא, הוא נורמה. יש הבדל בולט בין הכללים המשפטיים ובין ..... הכללים המשפטיים הם לא כללים דסקריפטיביים – המתארים את העולם. הכללים הם המשפטיים הם אומרים איך צריכים להתנהג – פרספיקטיביים – "מתכון". אם יש לנו כלל בפיסיקה שאומר שמים בלחץ מסויים רותחים בטמפ' 100 מעלות, ואנחנו נמצא שהמים לא רותחים בזה – אז נשנה את הכלל הפיזיקאלי. לעומת זאת, אם נכתוב שאסור לגנוב ומישהו גנב – הכלל לא משתנה. וזה ההבדל הגדול בין המדע שמנסה לתאר את העולם ובין מערכות נורמטיביות. כמובן שזה נכון מאוד בתאוריה אבל בעולם המעשי זה הרבה יותר מורכב. המשפט צריך להלום את הודעת הצבור – אנחנו לא רוצים לחוקק חוקים שהחברה לא יכולה לעמוד בהם. המטרה של המשפט הוא לא לתאר את החברה אלא איך לנהוג.
2. *המערכתיות של המשפט* – המשפט הוא אוסף של נורמות. כל אחת מהנורמות של המוסר עומדת בפני עצמה והיא לא חייבת לנבוע מנורמה אחרת. כשאומרים שאסור לפגוע בבני אדם מבחינה מוסרית – זה ברור לנו. גם מבחינה מילולית וגם מבחינה רעיונית. גם אם ישנה נורמה שנובעת מאחרת – אנחנו יכולים להבין כל אחת מהנורמות בנפרד. המשפט הוא מערכת של נורמות. לחלק גדול אין משמעות מחוץ למערכת. אנחנו לא יכולים להבין באופן אינטואיטיבי נורמה שהמשכיר יכול להעביר את זכותו בנכס לאחר. אנחנו צריכים להבין הרבה דברים או הרבה מושגים (מהו משכיר? מהי זכות? מהו נכס?). המערכות המשפטיות בנויות נדבך מעל נדבך וכל נדבך מעניק משמעויות לנדבך אחר. הקשרים בין הנורמות המשפטיות הם קשרים של הסמכה. החוק מסמיך את השר לתקן תקנות בנושא בריאות הציבור. השר מסמיך את המפקח בנושא ההיגיינה. יש קשר שהמערכת מעניקה. הנורמות לא עומדות בפני עצמן אלא הן שייכות למערכת והן עוברות מאחת לשנייה בהסמכה.
3. *החברתיות של המשפט –* המשפט זוהי מערכת נורמטיבית מעצם הגדרתה. היא מופעלת ע"י אנשים בשר ודם וע"י מוסדות. אין לה משמעות ללא האנשים והמוסדות הללו. למוסר יש תוקף גם אם אף אחד אינו אוכף את המוסר. ולכן לחשוב מחשבות רעות שרוצים להרוג מישהו או לגנוב לו משהו – זה אינו מוסרי. אבל אם אין מוסד שאוכף את זה, אז זה לא משפט. זוהי מערכת נורמטיבית שמופעלת ע"י החברה. לא סתם זו מערכת חברתית, אלא היא מערכת חברתית העליונה של החברה – בחברה יש כל מיני מערכות נורמטיביות – כללים של תת קהילות, אתיקה של עורכי דין וכיוצ"ב. המשפט הכוונה היא למערכת הנורמטיבית העליונה העיקרית של החברה. אלה הם כללי ההתנהגות של החברה בכללותה והם כללי ההתנהגות העליונים של החברה. הם גוברים על הנתהגות נורמטיבית אחרת. גם אם יש התנגשות בין המשפט למשהו אחר – המשפט מנצח.

**מה הופך נורמה לנורמה משפטית תקפה?**

בסלנג המשפטי אנחנו מדברים על זה שהפילוסופיה מדברת על פוזיטיביזם ונונפוזיטיביזם משפטי. נניח והולכים ברחוב ורואים 3 אנשים: אחד מתגרד, השני אוכל סנדביץ' והשלישי מכניס חול לפה ובולע. כולם אומרים שהם אוכלים.

לגבי הראשון – כנראה שיש לו איזושהי הפרעה.

השני – הגיוני

השלישי – עושה את אוסף הפעולות הפורמאליות של אכילה אבל הוא לא עושה משהו שהפעולה של אכילה – הזנה של הגוף.

זו בדיוק מהות הוויכוח בין הפוזיביסטים המשפטים ובין הנונפוזיטיביסטים. פוזיטיביזם משפטי זו התפיסה שאומרת שעל מנת להגדיר נורמה משפטית כתקפה, מספיק להצביע על עובדה חברתית שיצרה את הנורמה. למשל – פרלמנט שחוקק, בית משפט שקבע תקדים, מנהג שהציבור נוהג לפיו וכיוצ"ב. אם מצביעים על עובדה חברתית שיצרה את הנורמה – זה מספיק לנו. הנונפוזיטיביסטים אומרים שאין זה מספיק ועל מנת שנורמה משפטית תחשב לתקפה, לא מספיק להצביע על עובדה חברתית שיצרה אותה ולא מספיק שהנורמה המשפטית תקיים איזושהי מוסכמה חברתית, אלא הנורמה, כדי להחשב לנורמה משפטית תקפה, צריכה להעלות בקנה אחד עם נורמת על: ופה הויכוח הגדול – על איזו נורמת על מדברים? על נורמת על דתית? מוסרית? משהו שנובע מהטבע או מטבע החברה האנושית? או מתכליות המשפט כמוסד חברתי?

**תאוריות נונפוזיטיביסטיות**:

* **תורת המשפט הטבעי** – ישנם ערכים שהם טבעיים, נצחיים, נכונים לכל חברה ולכל תקופה ועל מנת שהמשפט יהיה תקף – הוא חייב לעלות בקנה אחד. זה משפט שקיים באופן נצחי והוא נכון לכל תקופה. מבחינה היסטורית יש מס' מקורות למשפט הטבעי: הדתות המונותאיסטיות (ובמיוחד היהדות, ואחריו הנצרות והאיסלם). הפילוסופיה היוונית היא המקור השני. יש שני ענפים: ענף אחד זה ענף שמדבר על נורמת על שיכולה להיות דתית או נובעת מההגיון (Logos) או מאיזו אידאה או רעיון על. ענף שני של המשפט הטבעי לא מדבר על נורמת על אלא מדבר על כך שהמשפט האנושי הפוזיטיבי חייב להתאים לאיזושהי תכלית מסויימת. בשנים האחרונות לא מדברים על משפט טבעי דתי אלא מדברים בתאוריות הנונפוזיטיביסטיות תכליתיות ומודרניות – המשפט צריך לעמוד בקנה אחד עם תכליות חברתיות. למשפט, כמכשיר חברתי, יש מטרות – הוא צריך להסדיר את החברה, לפתור סכסוכים, משפט לא יכול לקרא משפט. **פס"ד ירדור – אל ערד**.

פוזיטיביזם – חייבים להבין שהעמדה הפוזיטיביסטית יש לה שורשים פוליטיים עמוקים. הפוזיביסטים אומרים שהם לא רוצים "נורמות על" – והם אומרים שלנורמות על זה לא רק "זכויות האדם הטבעיות" – אלא ברגע שמוכנים לסטות מזה שרק החברה יוצרת לעצמה את החוקים – לא נדע לאן נגיע – המשפט בגרמניה היה לכאורה פוזיטיביסטי – אבל הכפיפו את המשפט "לרצון העם" והכפיפו את המשפט בגרמניה לרצון העם שזה הפיהרר. בדומה- הקומוניסטים השהו את הסדר המשפטי וגם אחרי שהחזירו אותו הם הכפיפו אותו לכל מיני דיקטטורים. **הפוזיטיביסטים מדברים על זה שהמשפט הוא רק מה שהחברה יצרה**. הפוזיטיביזם הוא ערך פוליטי לכל עניין ודבר.

הפוזיטיביסטים אומרים שהם אינם אנשים "לא מוסריים" – ברוב המקרים אין מחלוקת בין המוסר ובין המשפט שכן המשפט מבטא את המוסר של החברה. אם החברה היא דתית – המשפט יהיה דתי. כל הויכוח הוא מדומה, במידה רבה.

האם יש עקרון גג שהופך נורמות לנורמות משפטיות? תאוריות פוזיטיביסטיות מוקדמות, טרום מודרניות במאה ה- 19 שמו דגש על העובדה שהמשפט הוא גורם חברתי מוסדי. במשפט האנגלי נורמה תחשב כמשפטית תקפה אם יש אפשרות לאכוף אותה ויש סעד משפטי. אם אין מוסד שיכול לעזור לך – זה לא משפט. ג'ון אוסטין אומר שמשפט הוא משהו שנוצר ע"י הריבון ובצידה סנקציה. אם אין את המקל ליד הנורמה, אז זה לא נורמה. אלה תאוריות פוזיטיביסטיות מוקדמות ואינן מפותחות. התאוריות הפוזיטיביסטיות המאוחרות יותר שמות דגש על הנורמטיביות של המשפט ועל כך המשפט הוא מערכת של נורמות. אנחנו לא "לא רוצחים" אנשים בגלל שאנחנו מפחדים להכנס לכלא אלא כי זה לא נכון. בתאוריות של המאה ה- 20 נורמה הופכת להיות תקפה אם היא שייכת למערכת המשפט. אם היא אינה שייכת – היא לא תקפה. איך נדע אם היא תקפה? הפילוסוף היהודי קלזן – אמר שכל נורמה בפרמידה מסמיכה את הנורמה שמתחתיה. ומה מסמיך את החוקה עצמה? נורמת הבסיס היא עקרון יסוד שכל בני החברה חייבים לציית לחוקה. זו נקודה "לא פוזיטיביסטית". יש כללים שמזהים כללים משפטיים וכך יודעים מה שייך ומה לא. זהו "כלל הזיהוי" של הארט.

**שאלות על המשפט מבפנים**:

תורת המשפט גם שואלת שאלות בתוך המשפט עצמו: מנסים להגדיר את מקורות המשפט: מהי זכות ומהי חובה, פרשנות משפטית, שפה משפטית וכיוצ"ב. אחד הויכוחים היסודיים שאנו מכירים מאז התקופה העתיקה נוגע למתח שבין צורת המשפט ובין התוכן והתכליות של המשפט.

המשפט היא מערכת שמכוונת התנהגות לאורן של מטרות מסויימות. אנחנו צריכים לתת לנורמות המשפטיות צורה: צורה מילולית, יש חוקי שפה, אנו נותנים לנורמות המשפטיות צורה מסויימת כי אין לנו ברירה. לכללים המשפטיים יש צורה מסויימת וישנה חשיבות לצורה הזאת. אי אפשר בלי הכלל המשפטי. לפרוצדורות המשפטיות יש צורה מסויימת ובלעדיה אי אפשר. אנחנו דבקים בכללים כי זה עוזר לנו לדעת איך להתנהג. לצורה המשפטית, מעבר לתוכן, יש כללים משפטיים. הצורה שומרת על השוויון ועל זכויות האדם וזה שיש פרוצדורה זה שומר על השוויון. אסור לשכוח שצורת המשפט מאוד חשובה אבל יש גם את תוכן ותכליות המשפט ומאחורי המשפט יש אדם וחברה. החיים החברתיים הם אינסופיים ותמיד לכל כלל יש את היוצא מהכלל. לכן יש כל הזמן מתח בין צורת המשפט ובין תוכן המשפט. הויכוח שבין צורה ובין תוכן הוא גדול.

בשליש האחרון של המאה ה- 19 ובמאה ה- 20 היתה דבקות מאוד גדולה בצד הצורני של המשפט. אם נקפיד ליצור צורה מסויימת – ניתן לכל סוגייה משפטית פתרון מהותי אחד. למה זה מאפיין את התקופה הזאת? יש פה מהפכה מדעית מאוד גדולה ואנשים מעריצים את המדע והתבונה האנושית. ואז – רצו לעצב חברה לפי דגם ראוי בצורה ריאלית. אז נוצרה גם תפיסה שאומרת שאנחנו יכולים לעצב גישות כאלה שיאפשרו לתת פתרון נכון גם בצורה הצורנית של המשפט. בעולם האנגלוסכסית התפיסה הזאת היא התפיסה הפורמליסטית **– היא מדגישה הדגשת יתר של הצורה. מתוך הזרם העיקרי שלא היה פורמליסטי התפתחה לתקופה קצרה ביקורת מאוד קיצונית על הפורמליזם. ביקורת זו תקפה קשות את הפורמליזם ואמרה 2 דברים:**

1. **היומרה של הפורמליסטים שהם יכולים לתכנן בצורה מדעית את המשפט היא יומרה ריקה. משפט אינו מתמטיקה ואינו מדעי הטבע.**
2. **הביקורת שלהם היתה ביקורת פוליטית – זה שדבקים בצורה ואמרו "חתמת על החוזה" יש פגם רציני. לא סתם שזה פוגע בצדק כי יש פה פגם פוליטי ששומר על החזקים בחברה ודופק את הקבוצות החלשות של החברה.**

**זרמים אלה באירופה נקראים** זרמים של המשפט החופשי **ובארה"ב הוא נקרא** הריאליזם של המשפט**. הריאליסטים הם אגף קיצוני של הזרם המרכזי. הריאליסטים הלכו עד הסוף ותקפו את הפורמליסטים בצורה חריפה. בסופו של דבר הריאליסטים נבלעו בזרם המרכזי שהוא בין הפורמליסטים ובין הריאליסטים. במחצית השנייה של המאה ה- 20 : יש חשיבות מאוד גדולה לצורה אבל יש מתח בין הצורה ובין התוכן. המשפטנים בעולם האנגלואמריקנים אומרים שאין באמת בעיה כי הבעיה שלהצורה היא לא בעיה קשה: מסביב לכל כלל משפטי יש תורה שבעל פה שלמה, ערכים משפטיים שאינם כתובים. משנות ה- 70 של המאה ה 20 התחילה ביקורת גם על הגישה הזאת שכן לא רק יש הבנה משותפת של כל בני החברה וזה לא שיש כאן ערכים ועקרונות שמשלימים את הכלל. יש מאבק בין כמה סטים של ערכים והיציבות הזאת שאומרת שיש כללים – היא לא יציבות נכונה. CLS – התאוריות הביקורתיות של המשפט מסוף המאה ה- 20 שאומרת שהתפיסה של פורמליזם ומערכת משפט מסודרת הוא נדון לכישלון. גם הניסיון היותר מאוחר להגיד שיש "יקום שלם" של ערכים חברתיים שמסבירים את המשפט – גם זה נדון לכשלון.ה- CLS נשענים על הריאליסטים ולוקחים את זה צעד אחד נוסף.**

מקומו של המשפט בחברה או בקהילה הפוליטית

**ישנן עוד שאלות שעניינן המשפט אך הן שייכות לתורת המדינה, למוסר ולמדעי החברה. אלה כל השאלות של המקום בחברה. דוגמא לשאלה; חובת הציות לחוק. זו אינה שאלה משפטית. זוהי שאלה מטה-משפטית, שכן היא ברובד הפוליטי או המוסרי. עדיין לא נכנסים למשפט. רק על החובה לציית לחוק ניתן לשאול 4 שאלות שונות לחלוטין: (1) מהי חובת הציות לחוק? האם זוהי חובה מוחלטת? (2) למה מחייבים אותנו לציית לחוק ומה הצידוק המוסרי לעשות זאת? (3) האם יש סייגים לחובה הזאת? (4) האם ישנם תנאים פוליטיים מוקדמים שמהווים תנאי לכך שנציית לחוק? (דהיינו האם אנחנו יכולים לבוא בדרישות לקהילה שלנו ולהגיד שזה בתנאי שהחברה תהיה דמוקרטית,לדוגמא). נושא זה של תנאים פוליטיים מוקדמים הוא נושא שמאוד מעסיק את החברה המודרנית וזה הפך להיות עקרון יסודי: *עקרון שלטון החוק*. החברה והקהילה הפוליטית חייבת לקיים סדרה של דרישות קודם לכן.**

עקרון שלטון החוק **הוא עקרון מטה-משפטי מ- 400 השנה האחרונות. העקרון הזה קובע ציות כללי ומוחלט למשפט. כולם חייבים לציית לחוק, כולל המדינה עצמה. המשפט נמצא מעל הכל – והוא יכול לעסוק בכל תחום מתחומי החיים. המשפט הוא המערכת הנורמטיבית העליונה של החברה. העקרון של שלטון החוק מחייב גם את המדינה ואת המשפט לקיים משפט כזה שישמור על העקרונות הפוליטיים המודרניים. ולכן עקרון שלטון החוק מציג שורה של דרישות שאם הן יתקיימו נהיה חייבים לציית לחוק:**

1. דרישות שנועדו לאפשר את עצם הציות שלנו לחוק **– למשל,שהחוק יהיה מובן ושהוא פיזיבילי או חוקים סותרים. אלה דרישות שנועדו לאפשר את הציות לחוק במובן הכי בסיסי.**
2. דרישות פוליטיות **– שבאות לדאוג שנציית לחוק ושהחוקים ישמרו על העקרונות הפוליטיים של המודרנה.**
	1. **הדרישה הראשונה שהמשפט יהיה** פוזיטיבי ופומבי**. הוא חייב להיות כתוב שחור על גבי לבן והוא חייב להיות פומבי – ולהיות מפורסם מראש. גם התהליכים שבהם נוצרות הנורמות האלה הן פומביים – ניתן לשמוע את בתי המשפט, את הכנסת וכיוצ"ב.**
	2. דרישה לעצמאות המשפט **– בכל המדינות המודרניות אנחנו מדברים על הפרדת רשויות, ובמדינות המודרניות ישנו משרד מיוחד שעוסק בענייניים משפטיים. אין עצמאות מוחלטת של המשפט כי גם המשפטנים באים עם ערכים משלהם ועם אינטרסים, אבל אנחנו מנסים להעניק להם עצמאות על מנת לתת למשפט לפקח על החברה.**
	3. עקרון כלליות המשפט – המשפט המודרני מנוסח בצורה כללית שפונה בצורה אחידה ושוויונית לכלל האוכלוסיה. החוק האוניברסאלי מאפשר חוסר אפליה.
	4. עקרון משפט רטרואקטיבי – שפוגע בכלליות.

**ללא תודעה לגליסטית של החברה, התודעה הממלכתית** – לא יעזור כמה יהיה משפט. והתודעה הזאת חייבת ללוות את הדרישות הפרוצדוראליות של שלטון החוק.

**מסורות המשפט השונות במערב**

בחברה המערבית התפחו 2 מסורות שונות של משפט:

1. מסורת קונטיננטלית – רומאנו-גרמאנית – התפתחו ברומא ובשבטים הגרמאניים. זוהי נקראת גם **מסורת המשפט האזרחית** – של אזרחי רומא – Civil Law. המסורת הזאת התפתחה בכל אירופה למעט באנגליה. היא נפוצה גם באזור יבשת אמריקה שבה שלטו הספרדים והפורטוגזים.
2. המסורת האנגלוסקסית – הגיעה לכל מיני מקומות בעולם דרך האנגלים – צפון אמריקה, קנדה, הודו, ישראל, ניו-זילאנד וכיוצ"ב. היום מקובל לקרוא לה "המסורת האנגלו אמריקנית". היא נקראת גם "מסורת המשפט המקובל" – Common Law. זה משפט שמתבסס בעיקרו על בתי משפט ועל תקדימים של בתי משפט.

ישנם הבדלים בין השיטות השונות. המשפט האנגלי רואה חשיבות מאוד גדולה במשפט האנגלי. באירופה, לבתי המשפט יש תפקיד יותר קטן. יש שם דגש גדול על חקיקה ופחות מדגישים תקדימים, ובוודאי לא תקדים מחייב.

אפשר באופן גס לדבר על 2 הבדלים בין העולם האנגלוסקסי ובין העולם האירופי:

**המחשבה האנגלוסקסית היא מחשבה פרקטית בעוד האירופית ערכית/רציונאלית ורק אח"כ מגיעה לפרקטיקה** – למשל: הגשת כתב אישום. בעולם האנגלוסקסי יש לפרקליטות שיקול דעת אם להגיש כתב אישום. אם אין ראיות – לא יוגש כתב אישום. לעומת זאת, באירופה אין דבר כזה: אם יש חשד שאדם עבר עבירה – יגישו כתב אישום ואין עסקאות טיעון. המחשבה האנגלוסקסית מעבירה לפרוצדורה ותיקים קמים ונופלים על הפרוצדורה. ישנה פרוצדורה של איך חוקרים עדים, לדוגמא. ולכן דיני ראיות זה משהו קריטי. באירופה לא מחשיבים את הפרוצדורה ואין דיני ראיות. השופט ישר חוקר.

הבדל נוסף בין 2 השיטות הוא **ביחס למדינה** – בעולם האנגלוסקסי – המדינה היא דבר מסוכן והמשפט צריך לשמור מהמדינה. למדינה יש מונופול על הכח. המשפט הוא מכשיר של החברה להגן על החברה מפני המדינה. באירופה המדינה המודרנית נתפסת כדבר טוב והיא התקדמות של האונושות כי בלי מדינה כל הדיבורים על זכויות אדם הן מילים ריקות ללא מוסד שיוציא את זה לפועל. ולכן המשפט הוא מכשיר של המדינה.

צורת הדיון בבתי המשפט: השיטה האדברסרית – יריב – מקובלת בשיטה האנגלית. השופט מהווה "שוטר תנועה". השיטה האנגלית דובקת בכך שצריכים פורום מסודר. השופט לא מתערב. באירופה מקובלת השיטה האינקוויזטורית- כי השופט מייצג את המדינה ואת הכלל ולכן השופט יישאל את הצדדים ויתערב בדיונים. ולכן באירופה יש בית משפט לעניינים מינהליים – כי מבחינה מהותית העתירה היא נגד הציבור כולו – ולכן זה בית משפט מיוחד שחושב בצורה מיוחדת – חשיבה מנהלתית.

4 מתוך 5. המבחן הוא בחומר סגור – כל חומר הכיתה. את החוקים צריכים לדעת באופן כללי ולא את תוכן החוקים. כל מה שיש ברשימת הקריאה – צריכים כולל הכל.